

**Onder redactie van:**

Prof. mr. dr. B.M.E.M. Schols  
Prof. mr. dr. W. Burgerhart  
Prof. mr. dr. F.W.J.M. Schols  
Mr. F.M.H. Hoens  
Mr. G.A. Tuinstra  
Mr. J.Th.M. Diks  
Mr. M.J.P. Schipper  
Mr. dr. N.V.C.E. Bauduin  
Mr. E.C.E. Schnackers

# AdvoTip

## Erfrecht voor de advocaat

Afl. 2017-03

15 februari 2017

### **Notariële geheimhouding en gepasseerde testamenten.**

### **Is spreken 'stout' of goud?**

Het vastleggen van een uiterste wilsbeschikking is een nauwgezet klusje dat veel 'Fingerspitzengefühl' vraagt van de ter zake betrokken (notariële) deskundigen. Een 'ongeluk' schuilt in een klein hoekje en voor men er erg in heeft, zit men vol in vraagstukken als uitleg, (onoorbare) beïnvloeding en wilsbekwaamheid. Het feit dat de testateur niet meer om toelichting gevraagd kan worden en de notariële geheimhoudingsplicht maken het geheel er niet eenvoudiger op. Een recente uitspraak van Hof Amsterdam (3 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:8, ERF-Updates.nl, 2017-0011) maakt duidelijk dat ook de advocatuur druk is met de materie. Deze uitspraak is de aanleiding om (weer) eens stil te staan bij de notariële geheimhoudingsplicht.

Voordat we de juridische aspecten bekijken, eerst de constatering dat de wilsbekwaamheid van de oudere testateur zich in een toenemende belangstelling kan verheugen. Voor de instrumenterende notaris heeft dit, onder meer, geresulteerd in een aantal fraaie protocollen. Denk aan het 'Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening' van de KNB. Maar ook aan het 'Protocol Wilsbekwaamheid' zoals dat (in gezamenlijkheid) is opgesteld door de Vereniging van Estate Planners in het Notariaat (EPN), de Vereniging van Indicerende en Adviserende Artsen (VIA) en de commissie Bewind en Familie van het Landelijk Overleg Voorzitters Civiele en Kantonsectoren (LOVCK).

En waar in het verleden de (notariële) gedachte was om bij twijfel over de bekwaamheid niet te passeren, wijst de tendens nu duidelijk in een andere richting. Was het niet Kleijn (W.M. Kleijn, 'Gedachten over het notariële dilemma omtrent passeren bij wilsbekwaamheid van een testateur,' *FTV*, 2008-4, nr. 17) die als een van de eersten schreef:

'Ik zou dan (bij gerechte twijfel) zonder meer kiezen voor de slogan 'Bij twijfel wel passeren'.'

Het dilemma voor de notaris is fraai aan de orde gesteld in de beschouwing van Kolkman in zijn preadvies voor de KNB (*De Goede Notaris*, Den Haag: Sdu uitgevers, 2010, nr. IV.2.2). Een van zijn conclusies:

‘Naar mijn mening dient *bij aanhoudende twijfel* over de verstandelijke vermogens van de testateur het testament *gepasseerd te worden*, zeker indien de tijd ontbreekt voor een gedegener onderzoek naar die vermogens. Op de hoofdregel dat zorgvuldigheid hoger in het vaandel staat dan voortvarendheid maak ik hier graag een uitzondering.’ (Curs. FH)

Het Hof Amsterdam bevestigde op 26 juli 2016 (ECLI:NL:GHAMS:2016:3074) deze lijn:

‘6.5. De beoordeling van de wilsbekwaamheid mag echter *niet ertoe leiden* dat een notaris, *uit vrees voor mogelijke toekomstige klachten* van belanghebbenden, door onnodig onderzoek zijn *ministerieplicht verzaakt* of dat door fataal tijdsverloop de ministerie niet meer kan worden verleend, [...]. In gevallen waarin aangenomen moet worden dat het overlijden nabij is en er weinig tijd rest voor het passeren van het testament, kan dit de notaris ertoe brengen *ook bij een zekere twijfel* aan de wilsbekwaamheid *voorrang te geven* aan zijn ministerieplicht en daarmee uitvoering aan het verlangen van de erflater/erflaatster om bij uiterste wil te beschikken, *zonder* dat deze keuze de notaris later *tuchtrechtelijk mag worden verweten*. [...].’ (Curs. FH)

En over de ‘dossiervorming en verantwoording’ meldt het hof:

‘6.5. [...] Wel zal in alle gevallen van de notaris mogen worden verlangd dat hij *achteraf kan verantwoorden* dat hij in de gegeven omstandigheden zorgvuldig heeft gehandeld, mede in aanmerking genomen dat de erflater/erflaatster wellicht de mogelijkheid zou zijn ontnomen om bij uiterste wil te beschikken, indien de notaris anders had gehandeld.’ (Curs. FH)

Er kan dus – al dan niet als gevolg van een ‘bewuste keuze’ – na een overlijden discussie ontstaan over de mate waarin een testateur nog bekwaam was op het moment van het opmaken van het testament. Het is alleszins aannemelijk dat in ieder geval een deel van het antwoord gevonden kan worden in het dossier dat de notaris heeft aangelegd. Immers, daaruit volgt of er aanleiding was voor extra waakzaamheid en bovenal hoe met dergelijke signalen is omgegaan. Een van de zaken waar men dan tegenaan loopt, is, als gemeld, de notariële geheimhouding van artikel 22 Wna:

‘1. De notaris is, voorzover niet bij of krachtens de wet anders is bepaald, ten aanzien van *al hetgeen* waarvan hij uit hoofde *van zijn werkzaamheid als zodanig kennis* neemt tot *geheimhouding verplicht*. Dezelfde verplichting geldt voor de personen die onder zijn verantwoordelijkheid werkzaam zijn voor al hetgeen waarvan zij kennis dragen uit hoofde van hun werkzaamheid.’ (Curs. FH)

Over de ratio van dit ambtsgeheim meldt Waaijer (Melis/Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer, 2012, nr. 12.2):

‘Die vertrouwensrelatie maakt het mogelijk dat *de cliënten zich vrij voelen*, de notaris van een volledige, juiste weergave van de feiten te voorzien. *Vooraf in familie zaken* is openheid jegens de notaris van belang. Het opmaken van een testament bijvoorbeeld vereist duidelijkheid over de familieverhoudingen en over de vermogenspositie van de testateur. Het is bij de gratie van het ambtsgeheim dat waardevolle notariële rechtshulp kan worden gewaarborgd. De mogelijkheid dat door de cliënt aan de notaris verstrekte *informatie door de notaris zou moeten worden geopenbaard*, zou de cliënt ervan weerhouden zich tot de notaris te wenden.’ (Curs. FH)

Is daarmee het notariële dossier voor eens en altijd gesloten en vormt het geen hulpmiddel bij de beoordeling van de wilsbekwaamheid? Zeker niet! We pakken er wederom Kolkman (*t.a.p.*) bij:

‘Gelet op de processuele informatieplicht *zal dit dossier openbaar worden*, wanneer zich een geding ontspint over de wilsbekwaamheid.’ (Curs. FH)

Vervolgens wijst Kolkman (*t.a.p.* in noot 54) op HR 10 januari 1997, NJ 1999/286. Daar lezen we dat de Hoge Raad het eens was met het oordeel van het hof:

‘[...] dat op de notaris een informatieplicht rustte, hierop neerkomend dat van de notaris kon worden verlangd dat hij *voldoende feitelijke gegevens zou verstrekken* ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van W. ten einde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen.’ (Curs. FH)

Dezelfde gedachte zien we terug in een tussenvonnis in een zaak (Hof Amsterdam, 24 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ8646 ) genoemd door Van den Haak (W.F. van den Haak, *De notaris in appel*, Prinsengrachtreeks, Nijmegen: Ars Aequi, 2009, p. 179):

‘6.2. De oud-notaris heeft zich, tijdens de procedure bij de kamer en in hoger beroep tijdens de mondelinge behandeling bij dit hof, steeds beroepen op zijn geheimhoudingsplicht. Tijdens de mondelinge behandeling heeft het hof de oud-notaris erop gewezen dat *in zijn algemeenheid de geheimhoudingsplicht van een notaris zich niet uitstrekt tot de wijze waarop een notaris te werk gaat*. Het hof is van oordeel dat het zeer wel mogelijk is voor een notaris, en in het onderhavige geval voor de oud-notaris, om *te beschrijven op welke wijze hij zich een oordeel heeft gevormd over de wilsbekwaamheid van een cliënt, zonder zijn geheimhoudingsplicht te schenden*. De hoogste tuchtrechter is van oordeel dat het mogelijk is voor een notaris om te beschrijven op welke wijze hij zich een oordeel heeft gevormd over de wilsbekwaamheid van een cliënt, zonder zijn geheimhoudingsplicht te schenden.’ (Curs. FH)

Na deze inleidende beschietingen, komen we bij de kern van deze *AdvoTip*, de uitspraak van Hof Amsterdam. Ook hier was de kwestie of:

‘5.1. [...] de notaris [...] onvoldoende zorgvuldigheid heeft betracht bij de beoordeling van de vraag of de stiefmoeder [testateur] medio 2012 wilsbekwaam was om haar testament te wijzigen en of zij daarbij in vrijheid kon handelen.’

De notaris beroept zich op zijn geheimhoudingsplicht en stelt dat:

‘7.3. [...] zijn geheimhoudingsplicht zich zo ver uit [strekt], dat hij *ook niets mag zeggen over de omstandigheden waaronder* het ten overstaan van hem verleden testament van de stiefmoeder tot stand is gekomen en op welke wijze hij haar wilsbekwaamheid heeft getoetst. De notaris heeft op een vraag van het hof verklaard te beschikken over aantekeningen waaruit de gang van zaken destijds zou kunnen worden afgeleid.’ (Curs. FH)

Onder verwijzing naar de hiervoor aangehaalde overwegingen bij de uitspraak in 2006, is het hof hier ‘snel’ mee klaar:

‘7.5. Het *hof* kan zich ten gevolge van het feit dat de notaris zich beroept op zijn geheimhoudingsplicht *geen oordeel vormen over de gang van zaken* die geleid heeft tot het opstellen en het passeren van het testament van de stiefmoeder en de wijze waarop hij zich een oordeel heeft gevormd over de wilsbekwaamheid van de stiefmoeder. Het hof zal de notaris in *de gelegenheid stellen alsnog* met inachtneming van hetgeen hiervoor is overwogen zo *gedetailleerd als mogelijk te beschrijven* hoe het onderhavige testament tot stand is gekomen en hoe hij de wilsbekwaamheid van de stiefmoeder heeft beoordeeld.’ (Curs. FH)

Helder: weliswaar geen fysieke inzage in de stukken van het notariële dossier, maar de notaris moet wel gedetailleerd ‘beschrijven’ hoe het testament tot stand is gekomen en hoe hij de wilsbekwaamheid heeft beoordeeld. Mooi dat daar waar nodig de sluier van het geheime notariële dossier een beetje kan worden opgelicht zodat eventueel inzage wordt verkregen in het ‘reilen en zeilen’ rond het testament. Niet alleen bij wilsbekwaamheidsdiscussies, maar ook zeker (en vooral) bij uitlegdiscussies, artikel 4:46 BW, is de inhoud van het dossier immers een welkom hulpmiddel.

*Tot 1 maart!*

mr. F.M.H. Hoens  
Centrum voor Notarieel Recht  
Radboud Universiteit  
Estate planner



ScholsBurgerhartSchols

[www.scholsburgerhartschols.nl](http://www.scholsburgerhartschols.nl)

**Boom**juridisch

Postbus 85576  
2508 CG Den Haag

T (070) 330 70 33  
E [info@boomjuridisch.nl](mailto:info@boomjuridisch.nl)  
I [www.boomjuridisch.nl](http://www.boomjuridisch.nl)

Copyright 2017 © AdvoTip

Wilt u de *AdvoTip* niet meer ontvangen? Mail dan naar [klantenservice@boomdenhaag.nl](mailto:klantenservice@boomdenhaag.nl).

Hoewel uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *AdvoTip – Erfrecht voor de advocaat* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.